

التعارض والترجيح في وسائل الإثبات

أ.د/عثمان حيدرأبوزيد*

إن موضوع التعارض والترجيح في وسائل الإثبات ذو أهمية عظيمة في مجال القضاء لأن القاضي يقف أمام شخصين ، كل منهما يدعي الحق ، ويدعم قوله بالحجة والبرهان والدليل فإذا أراد أن يحكم لأحدهما بحجته برزت حجة الآخر ودليله حائلاً دون ذلك فيخرج النزاع من صورته الأولى على المدعى به ، إلى صورة ثانية وهي النظر في الأدلة المتعارضة لفحصها والتأمل فيها والحكم عليها ، ومما يزيد الأمر تعقيداً أن معظم الأدلة ظنية ، وأنها تعتمد في غالب الأحيان على جوانب شخصية يمكن التأثير عليها ، وقد تكون كلتا البينتين صحيحتين في الواقع ، ولكن هناك فارقاً زمنياً بينهما بأن يكون المدعى به ملك فلان ثم صار ملك الآخر ، وهذا يحتاج إلى كد الذهن وشحذ الهمم وإمعان النظر والتفكير للوصول إلى الحقيقة، وعدم الاقتصار على ظاهر الأمر ولذلك فقد وضع الفقهاء القواعد والأسس في تعارض البيئات وترجيحها، وبنوا طرق الترجيح إجمالاً، وتعرضوا لها مفصلة في أبواب الفقه، فذكروا البيئة الراجحة عند الاختلاف في الأحكام الفرعية كالبيئة الراجحة في النكاح وفي البيوع والشهادات والشركة وغيرها^(١).

وموضوع التعارض والترجيح يحتل مكاناً عالياً في كتب الفقه من جهة وفي كتب الأصول من جهة ثانية مع الفارق بينهما، وهو أن التعارض في كتب الفقه

*أستاذ القانون بكلية الشريعة والقانون وعميد كلية الدراسات العليا بجامعة أم درمان الإسلامية

هو تعارض بين وسائل الإثبات أو المرجحات الأولية، أما التعارض في كتب الأصول فهو تعارض في أدلة الأحكام التي يدرسها المجتهد ليستنبط منها الأحكام الشرعية^(٢)، كما أن التعارض في أصول الفقه تعارض ظاهري بحسب ما يظهر للمجتهد عند النظر في الأدلة، ولكنه في الواقع وحقيقة الأمر غير موجود، لأنه لا يعقل وجود تعارض بين الأدلة الشرعية الصحيحة، لأنها من عند الله تعالى الذي أحكم كل شيء خلقه، فلا تعارض في الشريعة، وإنما تيسير الأحكام الشرعية على أساس واحد ومنهج قويم لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزل من حكيم حميد، ولو كان الكتاب العزيز من عند غير الله لوجد فيه التعارض والاختلاف والتناقض، قال تعالى: ﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ سورة النساء، الآية ٨٢.

فالقاضي أمام تعدد لوسائل الإثبات المقدمة في إثبات المدعى به من المتنازعين سواء أكان أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه أم كان كل منهما مدعياً، وحالات التعارض كثيرة وأحكامها متشعبة، وقد اختلف الفقهاء فيها، كما اختلفوا في طرق الترجيح ونقتصر البحث على التعارض والترجيح في الفقه، أما تعارض الأدلة فمحل كتب الأصول .

وسنعرض هذه الحالات في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في التعارض بين وسائل الإثبات وشروطه وحكمه.

المبحث الثاني: في الجمع والترجيح.

المبحث الثالث: تعذر الترجيح، وموقف القاضي في ذلك.

المبحث الأول

التعارض بين وسائل الإثبات وشروطه وحكمه

التعارض لغةً: التقابل والتماثل والتعادل، من اعترض الشيء: صار له عارضاً كالخشبة المعترضة في النهر^(٣).

وعرف التهانوي التعارض بين البينتين فقال: "وتعارض البينتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى حيث لا يمكن الجمع بينهما فتتساقطان"^(٤).

وعرفه ابن عرفة فقال: "تعرض البينتين اشتغال كل منهما على ما ينافي الأخرى"^(٥). فالتعارض بين البيئات هو أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به. أنواع التعارض: والتعارض إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً:

التعارض الإيجابي:

هو أن تلقي وسيلتان من وسائل الإثبات على أمر واحد بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، وذلك بأن يكون محل الإثبات واحداً والجهة واحدة، وإنما يأتي التعارض من اختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، بأن يجتمع الإقرار والبيئة عليه فقد اجتمع الإقرار والبيئة واختلف الفقهاء في ذلك هل يقضي عليه بالبيئة أم يقضي عليه بالإقرار؟

قال بعض الفقهاء: يقضي عليه بالبيئة لأنه إنكاره وإقامة البيئة عليه استحق المدعى الحكم عليه، فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق ولأن زيادة التعدي (تعدي الشهادة إلى الكافة) الثابتة بالبرهان حقه فلا يؤثر فيه الإقرار اللاحق في بطلانه (لأن الإقرار حجة قاصرة).

وقال الشافعية: يقضي بالإقرار لأن البيئة تسمع عند عدمه، فحيث وجد لم تكن للبيئة حاجة فلا يلتفت إليها.

ولأنه حجة بنفسه والبيئة لا تكون حجة إلا باتصال القضاء بها فهو أقوى منها والعمل بالأقوى واجب، وقال الماوردي الشافعي: يعتبر الأسبق منهما. قال الخطيب الشربيني: إن المعول على البيئة حيث وجدت^(٧).

التعارض السلبي: يشترط في تعارض البينتين ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون التعارض بين بينتين متكاملتين، لأن التعارض لا يتحقق في الشهادة مثلاً إلا مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخرون أن ذلك الحق بعينه لعمر^(٨)، فلا تعارض بين بيئة كاملة وبيئة ناقصة، لأن التعارض يعتمد على المساواة، كما أنه لا تعارض بين بينتين ناقصتين كما إذا حصل تعارض بين شاهد وشاهد أو اختلاف في شهادة الأول وشهادة الثاني، لأن التعارض يقع بين بينتين كل منهما توجب الحكم عند زوال الأخرى، ولا تعارض مع المرجحات الأولية التي سبق ذكرها في عبء الإثبات، لأن هذه المرجحات لا يعمل بها عند وجود وسيلة للإثبات، لاتفاق الفقهاء على ترجيح وسائل الإثبات على المرجحات الأولية^(٩).

الشرط الثاني: أن يكون التعارض بين بينتين لا يمكن الجمع بينهما، لتحقق التنافي بينهما بأن تكون كل منهما على محل واحد، وفي وقت واحد، وتكون إحداها مثبتة الحق لشخص والأخرى تنفيه عنه وتثبت له آخر، فإذا أمكن الجمع بينهما، فلا تعارض كبيئة الملك وبيئة الحوز، لأن الحوز يكون عن ملك وعن غيره فيعمل بهما معاً ويحكم لصاحب الملك مع إمكان الجمع بين البينتين^(١٠).

وليس من السهل التأكد من إمكان الجمع بين البينتين، ولذلك تظهر البيئات متعارضة في الظاهر، ويبحثها الفقيه أو القاضي، وتدخل في بحث التعارض والترجيح، فإذا أمكن الجمع بينهما فقد زال التعارض^(١١).

الشرط الثالث: أن تكون البيانات المتعارضة في قوة واحدة، فإذا كانت إحداها أقوى من الأخرى فلا تعارض، وتقدم البينة الأقوى، مثاله الشهادة وعلم القاضي، فالشهادة تفيد الظن وعلم القاضي يفيد اليقين والقطع، والقطع أقوى من الظن، ولذلك قال الفقهاء لا يحكم القاضي بخلاف علمه باتفاق، ولا يقبل الجرح والتعديل في الشهود إذا خالف علمه^(١١) وكذلك الشهادة والقرائن فتقدم الشهادة على القرينة إلا إذا كانت قاطعة.

والفقهاء يختلفون في الحكم على قوة كل بينة، وهل هي تساوي الأخرى أم لا كالشاهدين والشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، وهكذا ولذلك يبحث الفقهاء هذه الأمور في التعارض والترجيح أيضاً باختلافهم في الحجة القوية والحجة الضعيفة وسوف نرى ذلك في الترجيح بقوة الحجة.

حالات التعارض:

يقع التعارض بين البيانات في صور كثيرة وذلك كالتعارض بين الإقرار والإقرار والتعارض بين الأدلة الخطية مع بعضها، أو بين الأدلة الخطية والإقرار أو بينها وبين الشهادة والتعارض بين الشهادات وهو أهم حالات التعارض، وهو المقصود في اصطلاح الفقهاء عند الإطلاق.

حكم التعارض:

إذا ظهر التعارض بين البيانات فقد اختلف الفقهاء في موقف القاضي من ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا تعارضت البيانات في الدعوى فليجأ القاضي أولاً إلى الترجيح فإن تعذر الترجيح فيجمع بينهما. وذهب إلى ذلك الحنفية جرياً مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الترجيح ثم الجمع^(١٢). واستدلوا على ذلك بما يلي:

- ١/ البينة حجة في الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في الأحكام فيعمل به^(١٣).
- ٢/ إذا ترجح أحد الدليلين على الآخر فلا تتحقق المعارضة أصلاً ولا ترجيح، لأن الترجيح مبني على التعارض، والتعارض مبني على التماثل، وعند الترجيح فلا تماثل ولا تعارض وإنما يعمل بالأقوى ويترك الأضعف لكونه في حكم العدم بالنسبة إلى الأقوى^(١٤).

ويعترض عليه بأن التعارض إنما هو من حيث الظاهر، وقد تحقق التعارض بين الأقوى والأضعف من حيث الظاهر، وإذا زال التعارض الظاهري بقي معنا دليلان صحيحان ويجب العمل بالراجح وعن ترك الراجح خلاف المعقول والإجماع^(١٥).

ويعتبر عليه أن العمل بالراجح وإن ترك الراجح الحقيقي واجب عقلاً، ولا يصح تركه أما في التعارض الظاهري فلا ترجيح وإنما يجب اعتبار الاثنين معاً.

القول الثاني:

إذا تعارضت البينات في الدعوى فيلجأ القاضي إلى الجمع بينهما، فإن تعذر الجمع لجأ القاضي إلى الترجيح.

وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء في المذاهب الأخرى، جرياً مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الجمع ثم الترجيح^(١٥).

واستدلوا على ذلك بأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر، لأن الأصل في أصول الفقه في الدليلين إعمالهما، فإن تعذر إعمالهما فنعمل بالراجح.

والراجح القول الثاني، لأن التعارض ظاهري فإذا أمكن رفع التعارض ظهر أمامنا بينتان صحيحتان كل منهما توفرت فيها الشروط وانتفت الموانع

فيجب العمل بها، ولا يصبح تركها بلا مسوغ، وقد أمكن إعمال كل منهما فوجب الجمع أولاً، ولأن الواجب أن تحمل البيئات على السلامة ويعمل بها معاً ويحكم بالصحة، فإن تعذر الجمع وتحقق التعارض من كل وجه وأثبتت كل منهما ما تنفيه الأخرى فلنلجأ إلى الترجيح.

وتختلف صور الجمع بين البيئات، كما أن طرق الترجيح كثيرة جداً، وتختلف من حالة إلى أخرى، ولذلك ندرسها في المبحث التالي.

المبحث الثاني: الجمع والترجيح

المطلب الأول: الجمع بين البيئات

اتفق الفقهاء على جواز الجمع بين البيئات سواء أكان الجمع بعد اشتباه التعارض الظاهري كما يقول الجمهور أم بعد تعذر الترجيح بينها كما يقول الحنفية.

والجمع بين البيئات هو التوفيق بينهما^(١٦)، وذلك بإعمال كل منهما فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن، فإن تعذر العمل بها من كل وجه وأمكن العمل بها من وجه وجب العمل بها لأن العمل بدليلين واجب بقدر الإمكان^(١٧).

وقال الحنفية: إن القسمة هي إعمال للبيئات من وجه دون وجه، ولذلك يشترط في العمل بالدليلين أن يكون المحل يقبل ذلك وإلا فلا يجمع، كالاختلاف في نكاح امرأة فإذا برهن الاثنان نكاحها تهاترت البيئتان لتعذر العمل بهما، لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترت البيئتان فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح، ولا شيء عليهما، أما إذا برهننا بعد موتها، فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر، وهما يرثان ميراث زوج واحد وإن جاءت بولد يرث منهما ويرثان منه عند الحنفية^(١٨).

وإذا أمكن الجمع بين البيئات فلا تعارض بينهما، كبينة شهدت للمدعي بالملك،

وأخرى شهدت للمدعى به بالحوز، لأن الحوز يكون عن ملك وغيره فيعمل بهما معاً ويقضي لذي بينة الملك، وكذا شهدت بينة أنه أسلمه هذا الثوب في مائة إردب وشهدت أخرى أنه أسلمه ثوبين غيره في مائة لزمه الثياب الثلاثة في مائتين، ويحملان على أنهما سالمان^(١٩) وكما شهدت بينة أنه طلق الكبرى وشهدت أخرى أنه طلق الصغرى، فإنه يجمع بينهما ويقع طلاق الاثنين^(٢٠).

ويمكن الجمع بين البيّنات بأن نحمل كلّاً منها على جهة، كأن يتنازع اثنان داراً وكلّ منهما يضع يده على نصفها، وأقام كلّ منهما بينة على ملكيته لكامل الدار فإنه يقضي لكلّ منهما بما في يد الآخر.

المطلب الثاني: الترجيح

تعريف الترجيح:

الترجيح في اللغة: التفصيل والتقوية والميل^(٢١).

وفي الاصطلاح: عرفه الجرجاني بقوله: "و إثبات مترتبة في أحد الدليلين على الآخر"^(٢٢).

وعرفه التهانوي بقوله: هو جعل الشيء راجحاً أي فاضلاً غالباً زائداً، ويطلق مجازاً على اعتقاد الرجحان، وفي اصطلاح الأصوليين هو بيان الراجح وإثباته، والرجحان زيادة أحد المثلين المتعارضين على الآخر وضعاً ومعنى، قولهم وضعاً أن الترجيح يقع بما لا عبرة له في المعارضة - فكان بمنزلة الصوف التابع للمزيد عليه ... وخرج بهذا القيد الترجيح بكثرة الأدلة كحديث وقياس، وحديثان أو قياسان، وإن ذهب إليه بعض أصحاب الشافعي وأبو حنيفة^(٢٣). واتفق الفقهاء على ترجيح إحدى البيّنات على الأخرى عند التعارض بينهما، ويطبق الترجيح سواء أكان التعارض بين البيّنات أصلياً كتعارض بينة المدعى وبينة المدعى عليه عند الجمهور الذين يقبلون البيّنة من المدعى عليه، أم كان التعارض في أصلي وإنما هو تعارض مفترض شكلي كتعارض بينة المدعى عليه لبينة المدعى عند الحنفية والحنابلة، فإنهم لا يقبلون

من أنكر^(٢٤)، ومع ذلك فكثيراً ما يشتبه المدعي والمدعى عليه أو يكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه فيحق لكل منهما تقديم البينة فتعارض البينتان. وطرق الترجيح لا تدخل تحت حصر، وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها، فطرق الترجيح في الأموال كثيرة، ومنها ترجيح اليد وبالنسبة، وطرق الترجيح في النكاح كثيرة ومنها التاريخ أو الدخول أو الإقرار مع إحداها، وطرق الترجيح في النسب كثيرة، ومنها القيافة وطرق الترجيح في العقود كثيرة، ومنها التاريخ والتفصيل وذكر السبب والقبض وهكذا^(٢٥).

إن بعض طرق الترجيح تستعمل في جميع الحالات وباختلاف الدعاوى كالترجح بقوة الدليل وذلك لأن سبب الترجيح قائم في البينة ذاتها، وبعض الطرق يستعمل في حالات دون أخرى أو في حقوق دون أخرى. ويمكننا أن نعدد على سبيل المثال أهم طرق الترجيح وهي الترجيح باليد والتاريخ والنسب والأقوى والخارج والزيادة في الإثبات، وزيادة العلم وقوة الحجة والعدالة، كما ترجح بينة الأصالة والصحة والطوع والرشد والعسر والعدالة والحرية على الفرع والمرضى والإكراه والسفه واليسر والجرح والرق^(٢٦). وقد يتفق الفقهاء على اعتبار أحد الأسباب مرجحاً ويتخذون منه مبدأ في الترجيح ولكنهم يختلفون في اعتباره أصلاً وغيره تبعاً أو فرعاً أو استثناء، مثال ذلك الترجيح باليد وترجح بينة الخارج، فقال بهما جميع الفقهاء، غير أن الحنفية والحنابلة ومن معهم يقولون أن ترجيح بينة الخارج هو الأصل، وعند التعذر فيرجح باليد، وقال المالكية والشافعية والحنابلة في وجه: عن ترجيح بينة ذي اليد هو الأصل، وعند التعذر ترجيح بينة الخارج، كما سنرى تفصيله في الترجيح باليد، ومثل الترجيح بالتاريخ فقال به جميع الفقهاء، ثم اختلفوا في الحالات والصور التي يعتمد فيها كل مذهب على الترجيح بالتاريخ السابق أو اللاحق أو البينة المؤرخة على غيرها أو العكس وسنستعرض

بعض المرجحات التي اختلف فيها الفقهاء، ونفرد بها بالبحث والدراسة والمناقشة نظراً لأهميتها وشهرة الخلاف فيها وهي الترجيح بزيادة العدد، والترجيح بقوة الحجة والترجيح بالعدالة، والترجيح باليد.

أولاً: الترجيح بزيادة العدد :

إذا تعارضت البينتان، وكانت إحداها تزيد في عدد الشهود عن الأخرى فإن زيادة العدد يتحقق في ثلاث صور هي :

١/ أن يبلغ عدد الشهود حد التواتر في إحدى البيئات دون الأخرى فتترجح البيئة الأولى بزيادة العدد باتفاق، لأن التواتر يفيد العلم واليقين فيترجح على الظن باتفاق.

٢/ أن بلغ عدد الشهود حد التواتر في البيئتين، ويزيد عدد إحداها على الأخرى، فلا ترجح الأولى بزيادة العدد باتفاق، لأن كلاً منهما يفيد العلم القطعي، فيتحقق التعارض بينهما لأنهما بقوة واحدة، والعدد لا يزيد العلم القطعي عن غيره، وهذه الصورة لا يمكن وقوعها كما يقول علماء الأصول لأنها تؤدي إلى التنافي^(٢٧).

٣/ أن يكون عدد الشهود في كل منهما أقل من حد التواتر، وزاد العدد في إحداها عن الأخرى، وقد اختلف الفقهاء في الترجيح بزيادة العدد فيها على قولين^(٢٨).

القول الأول:

أن البيئة لا ترجح بزيادة العدد، فإذا كانت بيئة الأول شاهدين وبيئة الثاني ثلاثة شهود أو أربعة فالشهادتان متعارضتان، ولا ترجح إحداها على الأخرى، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة في المشهور والمالكية في المشهور والزيدية والإباضية في قول^(٢٩). واستدلوا على ذلك بثلاثة أدلة:

أولاً: أن الترجيح يكون بقوة الدليل لا بكثرته، والترجح يكون بتابع لا بمستقل بالتأثير فالكثرة لا تصلح للترجح، ولذلك لا ترجيح الآية بالآية ولا الخبر بالخبر وإنما يرجح بقوة فيه بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً، فالقوة وصف في المتواتر وكل دليل مستقل بإيجاب الحكم يعارض كل دليل من الجانب الآخر، ولو كان متعدداً ويسقط الكل عند عدم المرجح أو يستعملان معاً على الخلاف في ذلك^(٣٠).

ثانياً: أن الشارع الحكيم حدد نصاب الشهادة الموجب للحكم، فشهادة الاثنين علة كاملة موجبة للحكم، وكذلك الأكثر من اثنين، فالكثرة لا تصلح للترجح^(٣١).
ثالثاً: قال ابن حزم: إن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ سورة النساء، الآية ٥٩، فعند التعارض يجب الرجوع إلى القرآن والسنة، ولم يأمر الله تعالى قط بالرجوع إلى الأكثر والشذوذ هو خلاف الحق، ولو أنهم أهل الأرض، كما أن الله تعالى وصف أهل الفضل بقوله ﴿وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ سورة ص الآية ٢٤ فالعبرة لوجود الحق وليس لكثرة الأشخاص^(٣٢).

القول الثاني:

إن البيئة ترجح بزيادة العدد وكثرة الشهود^(٣٣)، فإن شهد لأحدهما أربعة شهود عدول وشهد لآخر شاهدان عدلان ترجحت شهادة الأربعة وحكم له بذلك. ذهب إلى ذلك بعض المالكية والإمامية والإباضية والشافعية في قول والحنابلة في قول والحنفية في قول، وهو مروى عن عطاء والحسن وعلي بن أبي طالب^(٣٤). واستدلوا بما يلي :

١/ قياس الشهادة على الرواية، بجامع أن كلاهما إخبار، والخبر أو الرواية يترجح بزيادة العدد فكذلك الشهادة^(٣٥). واعتراض عليه بأنه

قياس مع الفارق، لأن الرواية يقبل فيها خبر الواحد بالاجتهاد فيرجح بالزيادة للاطمئنان، ويعمل بأرجح الظنين أما الشهادة في ذات نصاب محدد بالنص، فصار الحكم متعلقاً به دون اعتبار الظن، يؤيد ذلك أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن بحيث يصبح الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكـرين^(٣٦).

٢/ تعتبر الشهادة غلبة حجة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد كان الظن به أقوى والكثرة تزيد الظن بالحكم، وأن الظنين فصاعداً أقوى من ظن واحد، والقلب أميل إلى قول الأكثر والعمل بالأقوى واجب فيترجح^(٣٧).

واعترض عليه بأن الشارع لم يعتبر زيادة الظن ولم يعول عليها، لأن الشارع حدد نصاب الشهادة وناط الحكم بعدد معين، واكتفى بالظن الذي يفيد هذا العدد في الإثبات، فلا معنى للقول بأن شهادة ثلاثة مثلاً تفيد ظناً أقوى من الاثنين.

والراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم الترجيح بكثرة العدد لقوة أدلتهم ولما يترتب على الترجيح بكثرة العدد من المشقة والحرص في إحضار العدد الكبير، ولما يترتب عليه من مفساد وفتح باب التزوير يجلب الأعداد الكثيرة في شهادة الزور، وكلا الأمرين مرفوع في الشريعة.

ويتفرع عن الاختلاف في الترجيح بزيادة العدد الاختلاف في الترجيح بشاهدين على شاهد وامرأتين أو بشاهد وامرأتين على شاهد ويمين، وهذا يؤدي بنا إلى بحث الترجيح بقوة الأدلة.

ثانياً: الترجيح بقوة الحجة :

لا شك أن قوة الحجة وسيلة للترجيح في الإثبات، فالشهادة أقوى في الإثبات من اليمين والإقرار أقوى من الشهادة، والإقرار أو الشهادة أقوى من القرائن، غير أن الفقهاء يختلفون في تحقق القوة في وسيلة دون أخرى كما سبق في فصل قوة الإثبات ونضرب مثالين في هذا الخصوص وهما بينة الشاهدين مع بين

الشاهد والمرأتين، وبينه الشاهد أو الشهد والمرأتين مع بينة الشاهد واليمين، وقد اختلف الفقهاء في قوة الإثبات في هذه الوسائل، فمن جعلها في قوة واحدة قال بتحقيق التعارض بينهما، ومن فاوت بينهما في القوة جعل التعارض بينها شكلياً فنترجح إحداها على الأخرى بقوة الدليل، ولا يتحقق فيها التعارض، لأنه يشترط في التعارض أن تكون الأدلة في قوة واحدة^(٣٨) ونبحث كلاً منهما على حده.

المسألة الأولى: تعارض الشاهدين مع الشاهد والمرأتين

إذا قدم الخصمان بينتين، وكانت إحداها شاهدين، والثانية رجلاً وامرأتين فيما تجوز فيه شهادتهما. فاختلف الفقهاء في تحقق التعارض والترجيح على قولين: القول الأول: أن بينة الشاهدين ترجح على بينة الشاهد والمرأتين ولا يتحقق التعارض بينهما ذهب إلى ذلك أكثر المالكية^(٣٩).

واحتجوا بأن بينة الشاهدين أقوى من بينة الشاهد والمرأتين كما سبق في فصل قوة الإثبات لأن البينة الثانية احتياطية: وتقبل عند فقد الأولى لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ البقرة، الآية ٢٨٢، فجعل الله مرتبة الرجل والمرأتين عند عدم الشاهدين فكانت شهادة الرجلين أصلاً، والثانية فرعاً، ولا يلجأ إلى الفرع إلا عند فقدان الأصل.

ويرجح الشاهدان على الشاهد والمرأتين ما لم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل فيقدم هو والمرأتان على الشاهدين باتفاق أصحاب الإمام مالك بينما اختلفوا في حالة كون الشاهد مع اليمين أعدل من الشاهدين، كما سنرى في المثال الثاني^(٤٠).

القول الثاني:

أن بينة الشاهدين لا ترجح على بينة الشاهد والمرأتين، وإنما يتحقق التعارض بينهما. ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وبعض المالكية والحنابلة والإمامية

والزيدية^(٤١) واستدلوا بالآية الكريمة السابقة ، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢ إلى قوله تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢ فالله تعالى خاطب بهذه الآية الكريمة المستشهادين وأمرهم بالإشهاد لتوثيق البيوع والحقوق، فالشخص مخير في إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين، فمن أشهد منها فهو حجة له أمام القاضي، ويلزمه الحكم بها فالآية خطاب للمستشهادين وليس للقضاة والحكام، والبيعتان في قوة واحدة فلا ترجح إحداهما على الأخرى .

ويظهر ترجيح قول الجمهور، لأن كلاً من الشاهدين والشاهد والمرأتين بينة كاملة وحجة صحيحة ووسيلة كافية في الإثبات باتفاق الفقهاء، فلا ترجح إحداهما على الأخرى إلا بأمر آخر.

المسألة الثانية: تعارض الشاهدين أو الشاهد والمرأتين مع الشاهد واليمين
اختلف الفقهاء في ترجيح الشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين عند التعارض على قولين :

القول الأول: أن بينة الشاهدين والشاهد والمرأتين ترجح على بينة الشاهد واليمين ويقضي لصاحب البينة الأولى، وإن الشاهد واليمين لا يعارض الشاهدين.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في قول وبعض الزيدية والحنابلة في الوجه الأصح والإمامية^(٤٢)، لأن البينة الأولى متفق عليها والبينة الثانية مختلف فيها، ولأن اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الأجانب، فيجب تقديمها على يمين المنكر، ولأن التهمة متوجهة إلى اليمين، وإن بينة الشاهد واليمين نقص عن الكمال يبعث على الحكم بها في الاضطرار دون الاختيار^(٤٣)

قال الخرشي: فإنه يرجح بالشاهدين على الشاهد واليمين ولو كان الشاهد أعدل

أهل زمانه وهذا عند مطرف وابن الماجشون إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم باليمين مع الشاهد وقال ابن القاسم: إذا كان أعدل من كل واحدٍ منهما حكم به مع اليمين^(٤٤). وقال الشافعية بالترجيح إذا لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يدٌ، وإلاّ قدّم على الأصحّ للاعتضاد باليد المحسوسة، والقول المقابل للأصحّ التعارض^(٤٥).

القول الثاني: عدم ترجيح بينة الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على بينة الشاهد واليمين وتكون البينتان متعارضتين .

ذهب إلى ذلك الشافعية في قولٍ والقاسمية من الزيدية والحنابلة في وجه الإمامية في قول^(٤٦) لأنّ كلّاً منهما حجةٌ صحيحةٌ كاملةٌ مقبولةٌ شرعاً، وتساويتا في إثبات المال ولأنّ العمل بالظني واجبٌ في كلٍّ منهما فاستوى العمل بهما، كتعارض الرجلين مع الرجل والمرأتين .

ويجري الخلاف السابق في تعارض الشاهد واليمين مع الرجل والمرأتين^(٤٧)، كما يجري الخلاف في تعارض الشاهدين أو الشاهد والمرأتين عند القائلين^(٤٨).

ويرجح القول الأول في تقديم الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ضرورة أن الحجة الكاملة تقدم على الحجة القاصرة، ولا يتحقق التعارض بينهما لاختلافهما في القوة.

ثالثاً: الترجيح بزيادة العدالة^(٤٩)

إذا تداعى رجلان شيئاً في يد آخر، وأقام كلّ منهما بينةً، وكانت إحداها أكثر عدالةً فاختلف الفقهاء في الترجيح بزيادة العدالة على قولين:

القول الأول: أن زيادة العدالة لا ترجح إحدى البينتين المتعارضتين على الأخرى .

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنفية والحنابلة في الأصح والزيدية والظاهرية ومالك في رواية كما قال ابن عبد السلام^(٥٠).

واستدلوا على ذلك بأربعة وجوه:

١/ أنهما بينتان كاملتان، وهما متساويتان في إثبات الحق، وكلُّ منهما علةٌ تامةٌ فلا موجب لترجيح إحداها على الأخرى^(٥١).

٢/ أن العدالة ليست بذی حد، فلا يقع الترجيح بها^(٥٢).

٣/ أن المطلوب شرعاً هو عدالة الشهود مع النصاب، فإذا توفرت العدالة في كلِّ منهما فلا فضل لأحدهما على الأخرى، كما يلزم من الترجيح بالعدالة قبول شهادة الشخص الواحد إذا كانت عدالته بقوة شخصين، وهذا لم يقل به أحد، فلو أفضل صحابي بطلاقٍ مثلاً فلا يقضي بذلك، ولو شهد به رجلان عدلان من عامة الناس قضى به^(٥٣).

٤/ قياس الشهادة على الدية بجامع أن كلا منهما مقدرٌ بالشرع، فكما أن الدية لا تختلف من شخصٍ إلى آخر، ولو اختلف الأشخاص فضلاً وعدالةً وسناً وغنى... فكذلك الشهادة لا تختلف من عدلٍ إلى آخر^(٥٤).

القول الثاني: أن زيادة العدالة ترجح إحدى البينتين على الأخرى ويحكم بها.

ذهب إلى ذلك المالكية والإمامية والإباضية والحنابلة في قول^(٥٥).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١/ قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلا منهما خبر فكما ترجح رواية الأعدل فترجح شهادة الأعدل كذلك^(٥٦).

واعترض عليه بأن الشهادة تفترق عن الرواية، لأن الشارع حدد نصاب الشهادة فيتبع أما الرواية فلم يحدد فيها النصاب ويؤخذ فيها بأرجح الظنين^(٥٧).

٢/ إن زيادة العدالة تقوي غلبة الظن بالمشهود به، فيكون الظن أقوى، والعمل

بالأقوى أولى^(٥٨). واعترض عليه بأن المفروض في الشهادة الولي توفر العدالة الكاملة الموجبة للحكم وزيادتها في الثانية لا توجب الترجيح.

٣/ إن زيادة العدالة بمثابة زيادة عدد الشهود، وهو سبب للترجيح. واعترض عليه بعدم الترجيح بزيادة العدد، فكذاك زيادة العدالة.

وبعد اعتبار المالكية أن زيادة العدالة تعتبر من المرجحات اختلفوا في الحكم بالبينة الراجعة بمقتضى هذا الترجيح فذهب أكثر المالكية إلى تحليف صاحب البينة الراجعة العدالة بناء على أن زيادة العدالة كشاهد واحد، فكأن البينتين تعارضتا وتساقطا، وبقيّة زيادة العدالة بمثابة شاهد، ويحلف مع البينة بناءً على أن زيادة العدالة كشاهدين فلا يحلف معهما^(٥٩).

كما اختلفوا في الترجيح بزيادة العدالة في غير الأموال فقال أكثر المالكية إن الترجيح بزيادة العدالة خاص في الأموال ونحوها من كل ما يثبت بالشاهد واليمين دون غيرها مما لا يثبت إلا برجلين كالطلاق والنكاح والحدود، لأن زيادة العدالة بمنزلة الشاهد الواحد على المشهور وهو المنصوص عليه في المدونة. وقال بعض المالكية يرجح بزيادة العدالة في غير الأموال أيضاً كالأموال، بناءً على أن زيادة العدالة بمنزلة شاهدين^(٦٠).

وزيادة العدالة المعتبرة في الترجيح هي عدالة الشهود أما إذا كان المزكي في إحدى البينتين أعدل من مزكي الأخرى فلا تعتبر عند ابن القاسم وابن الماجشون، واعتبره مطرف^(٦١).

ويبدو ترجيح قول الجمهور بعدم الترجيح بزيادة العدالة لقوة دليلهم، ولأن زيادة العدالة ذات صفات شخصية ترتبط بين الإنسان وربه.

رابعاً: الترجيح باليد :

المراد بذلك وضع اليد على متاع أو عقار، لأن وضع اليد قرينة على ملك

المنقول أو العقار لصاحب اليد حتى يظهر خلاف ذلك. وصاحب اليد يسمى الداخل، ومن يدعي شيئاً في اليد الداخل يسمى خارجاً. ولذلك يستعمل الفقهاء في التعارض والترجيح اصطلاحاً: بينة الداخل وبينة الخارج^(٦٢). وإن وضع اليد يلعب دوراً كبيراً في الإثبات ويكون له أثر في الأحكام ويعتبر المنط في نظر الدعوى، وفي تقديم الإثبات ويحكم به، وفي التعارض والترجيح، وقد اتفق الفقهاء على بعض أحكام الترجيح باليد واختلفوا في بعضها. وإن اختلاف الفقهاء في تعارض بينة الداخل وبينة الخارج وترجيح إحداها على الأخرى هو فرغ من اختلافهم في عبء الإثبات وتكليف المدعي والمدعى عليه به وتوزيعه عليهما^(٦٣).

الأمر المتفق عليها:

١/ اليد الصحيحة دليل الملك حتى يثبت عكسه، لأن اليد تدل على الملك في الظاهر وصاحب اليد هو المدعى عليه، لأن المدعى عليه من يوافق قول الظاهر، والمدعى خلافه وتعتبر اليد هي الأساس في معرفة المدعي والمدعى عليه، لإلقاء عبء الإثبات على الأول دون الثاني في ابتداء الدعوى.

٢/ اليد مرجح أولى في الإثبات عند فقد البيّنات.

٣/ إذا ادعى شخص عيناً في يد آخر، وليس له بينة، فلا يحكم له، وتبقى العين في يد صاحبها باتفاق الفقهاء^(٦٤).

٤/ إذا تداعى اثنان عيناً في يد ثالث، وليس لهما بينة، فإن كان صاحب اليد يدعيها لنفسه فيحكم له بذلك باتفاق الفقهاء^(٦٥).

وإن كان لا يدعيها فإما أن تقسم بينهما كالتي بأيديهما أو يقرع بينهما وتعطى لمن قرع، مع يمينه في القسمة والقرعة^(٦٦).

أما إذا أقر بها لأحد المدعين، فيقضي للمقر له، ويعتبر إقراره

مرجحاً للدعوى، لأن المدعي في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالإقرار وغيره ويصبح المقر له هو صاحب اليد. وكذلك الحال إذا قدما بينتين متعارضتين فتسقطان وتبقى العين في يد الحائز أو لمن يقر له^(٦٧) وإن أقر لأحد المتنازعين، وليس لهما بينة، فيأخذه المقر له بدون يمين، وإن كان لهما بينة يأخذه المقر له مع اليمين، وينزل إقراره منزلة اليد للمقر له^(٦٨).

ثم حصل اختلاف بين الفقهاء في تحليف المقر المدعي الثاني على نفس استحقاقه أو نفي علمه بحقه فيها على قولين. أما إذا أقر لأحدهما بدون تعيين فيقر بينهما. وقال الحنابلة من قرع له يأخذها مع يمينه في قول، وفي قول آخر بدون يمين ونص أحمد أنه عليه اليمين، واستدل بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلين تداخيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أو كرها^(٦٩).

٥/ إذا ادعى شخصان عينا في يدهما وقال كل منهما أنها ملكه دون صاحبه، ولم تكن لهما بينة، حلف كل منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين، لأن يد كل منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن نكلا عن اليمين فهي بينهما قضاء ترك، لأن كل واحد منهما يستحق ما في يده عند بعض الفقهاء أو يستحق ما في يد الآخر بنكوله عند آخرين، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها إما باليمين واليد وإما باليمين والنكول^(٧٠).

٦/ إذا ادعى شخصان عينا في يدهما وأقام كل منهما بينة أنها ملكه دون صاحبه وتعارضت البينتان، فيجري عليهما حكم التعارض بأن تسقط البينتان وتبقى العين في يدهما، أو تستعمل البينتان وتقسم بينهما، أو يقرع بينهما^(٧١).

٧/ إذا ادعى شخصان عينا في يد آخر وأحضر كل منهما بينة على دعواه فهنا تتعارض البينتان باتفاق ولا ترجح إحداها على الأخرى باليد ويتحقق التعارض.

الصورة المختلف عليها:

أما الصورة المختلف عليها فهي أن يدعي شخصٌ عيناً في يد آخر، ويحضر بينة على ملكه فينكر المدعى عليه ذلك، وهو صاحب اليد الظاهر، ويقوم بينة على حقه وملكه فهل يتحقق التعارض بين بينة المدعي وبينة المدعى عليه؟ أو بين بينة الخارج وبينة الداخل؟ وهل تقدم بينة أحدهما على الآخر أم لا؟ اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بينة الداخل (المدعى عليه) تقدم على بينة الخارج (المدعى) ويكون الترجيح باليد. ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في رواية^(٧٢)، والأصل عندهم: ترجيح بينة الداخل إلا إذا كانت بينة الخارج ترجح عنها بزيادة العلم والانتقال وغيره أو كان التنازع في سبب اليد.

القول الثاني: أن بينة الخارج "المدعى" تقدم على بينة الداخل "المدعى عليه" ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم والزيدية والظاهرية وعبد الملك من المالكية والإمام^(٧٣). فالأصل تقديم بينة الداخل ذي اليد، لتحقيق أسبقية اليد من الخارج بينه كالنتاج.

القول الثالث: أن الداخل والخارج متعارضان، ولا ترجيح إحداهما على الأخرى ويقرع بينهما. ذهب إلى ذلك بعض الحنابلة^(٧٤)، وعيسى بن أبان، والقاسم من الزيدية وذلك لأن اليد مقوية لبينة الداخل فتساوت مع بينة الخارج فحصل التعارض.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على الترجيح باليد، أي على ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج بما يلي:

١/ روى الشافعي رضي الله عنه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن الرجلين تداعيا دابةً، فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها، فقضى

رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه^(٧٥).

وجه الدلالة: أن البينتين تعارضتا، وإذا تعارضت البينتان فكأنها سقطت وصارت كالعدم وكان وجود الدابة في يد أحدهما مرجحاً له فحكم له. والحديث يدل على البيئة في النجاج، ويقاس عليه غيره سواء كانت البيئة على ملك مطلق أو مقيد بسبب.

٢/ روى الدار قطني عن جابر أن رجلين تداعيا دابةً، وأقام كل واحد منهما بينةً أنها دابته فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده^(٧٦).

وجه الدلالة: أن تعارض البينتين هنا عام ولم يقيد بالنجاج، ورغم أن الحديث ضعيف فإنه يتقوى بالرواية السابقة، أو يؤكد عموم الرواية السابقة وعدم تقييدها بالنجاج.

٣/ الترجيح باليد هو استواء الاثنتين في إقامة البيئة وترجحت بينة صاحب اليد، باليد كالخبرين اللذين مع أحدهما قياس فيقضي له بها بشرط أن بينة الداخل لا تسمع إلا بعد سماع بينة المدعي الخارج^(٧٧).

٤/ إن بينة الداخل تعارضت مع بينة الخارج فسقطت البينتان، وأصبحت الدعوى بدون بينة والأصل عند عدم البيئة أن يحكم بالمدعى به إلى صاحب اليد، وهو بمعنى الترجيح بإبقائه بيد الحائز، وليس ترجيحاً للبيئة لسقوطها^(٧٨).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على ترجيح بينة الخارج على بينة الداخل بما يلي:

١/ أن بينة صاحب اليد غير مسموعة، لأن الله تعالى لم يكلفه بينة، وإنما حكم الله تعالى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن البيئة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، قال عليه الصلاة والسلام: "بينتك أو يمينه، ليس لك غير ذلك". وهذا يدل على أن لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه، والتحققت ببنته

بالعدم، وبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها، لأنه جعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا تبقى في جنبة المدعي عليه بينة^(٧٩).

ويعترض عليه بأن الحديث لا يمنع قبول البينة من المدعي عليه، كما أن المدعي عليه يطالب لنفسه بقاء اليد فتكون بينته مشروعة لأنه طالب^(٨٠).

٢/ أن بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى، لأنه لما ثبت له الملك واليد في العين في زمان سابق، ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه انتقل إليه بخلاف النتائج لأنه لم يسبق للخارج لانعدام تصور السابق والتأخير فيه، لأن النتائج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد في النتائج^(٨١). ونلاحظ أن هذا القول يعتمد ترجيح بينة الخارج على يده السابقة فرضاً بينما ينكر يد المدعي عليه الثابتة حقيقةً وواقعاً.

٣/ البينة من أجل الإثبات، وبينة المدعي عليه لا تثبت شيئاً، وإنما تشهد للظاهر الثابت فلا تقبل هذه البينة^(٨٢)، وبينة المدعي أكبر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة.

ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فإن ذلك جائز عند أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المنفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليمين^(٨٣).

ويعترض عليه بأن بينة المدعي عليه لا تسمع ابتداءً، ولكن بعد إقامة البينة من المدعي فإن بينته فيها فائدة وتثبت صحة الملك^(٨٤).

حالات عدم ترجيح بينة الخارج:

١/ الناتج : إذا تنازع اثنان في يد أحدهما، وأقام كل منهما بينة أنها ملكه نتجت عنده فترجح بينة صاحب اليد في الناتج، لانعدام تصور سبق والتأخير في ملك الناتج ولأن الناتج لا يحتمل التكرار فبطل الترجيح من وجه آخر فترجح بينة صاحب اليد باليد، ولحديث جابر السابق. ويقاس على الناتج كل حالات سبق الملك الذي لا يتكرر^(٨٥)، وهذا باتفاق المذاهب في القولين السابقين في الناتج، وسبب الملك الذي لا يتكرر كالنسيج في الثياب التي لا تتسج إلا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن والجبن واللبد وجز الصوف وإن كان سبباً يتكرر لا يكون في معناه ويجري فيه الاختلاف السابق، وإن أشكل في كونه مما يتكرر أم لا يرجع إلى أهل البصرة.

٢/ الملك بالشراء من بعضها والتاريخ : ادعى شخصان ملك عين بيد أحدهما، وأن كلاً منهما ملكهما بسبب الشراء من خصمه، وأقاما البينتين ووقتهما، ووقت الخارج أسبق، فإن لم يذكروا قبضاً، يقضي بالدار لصاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضي للخارج، وقال: لأن وقت الخارج إن كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجز بقی على ملك الخارج، وعندهما ذلك جائز فصح البيعان.

ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضي بالدار لصاحب اليد عند الثلاثة لأن بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان^(٨٦). وإن كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضي بها للخارج^(٨٧).

٣/ أقام الخارج بينة بالملك المطلق والداخل بالشراء منه تقدم بينة ذي اليد^(٨٨).

٤/ اليد والشراء من ثالث : إذا تعارضت بينتان على دار بسبب الشراء، وهي

بيد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد، فصاحب اليد أولى، سواء أُرُخ أو لم يُرُخ، وسواء ذكر الشهود القبض أو لم يذكروا، لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حساً ومشاهدةً، وقبض الآخر لم يثبت إلا بينةً تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى، فصار الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضاً، وكذا إذا ادعيا الشراء من اثنين ووقت صاحب اليد أسبق فهي له^(٨٩). ويظهر ترجيح قول الجمهور في الترجيح باليد، لأننا قبلنا البينة من المدعى عليه مع بينة المدعي، فتعارضتا وتقدم بينة المدعى عليه باليد، ولأنه عند تعارض البينات فيجب ترك المتنازع به مع صاحب اليد، وهذا يؤدي إلى استقرار المعاملات والاطمئنان على الأموال والأموال.

اليمين مع الترجيح :

إذا ظهر التعارض بين البينات ثم ترجحت إحدى البينات بسبب من أسباب الترجيح فقد اختلف الفقهاء في وجوب اليمين مع البينة الراجعة أم لا من قولين:

القول الأول: أنه يقضي لصاحب البينة الراجعة من غير يمين فلا يحلف صاحبها معها لأن البينة الراجعة صحيحة موجبة للحكم بها منفردة، كما لو لم يعارضها شيء، لأن البينة الراجعة قائمة لم تسقط، وإنما سقطت البينة المرجوحة. ذهب إلى ذلك الشافعية في الصحيح والحنابلة والحنفية^(٩٠).

القول الثاني: أنه لا يقضي لصاحب البينة الراجعة إلا باليمين، ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في قول، لأن البينات إذا تعارضت سقطت، ويكون الرجحان بالتاريخ أو اليد أو العدالة أو العدد في تقوية أحد الجانبين على الآخر، واليمين مشروعة في أقوى الجانبين ويتحقق الترجيح باليمين^(٩١).

المبحث الثالث

تعذر الترجيح وموقف القاضي

إذا تعذر الجمع بين البيّنات وتعذر الترجيح بطريقٍ من طرق الترجيح فقد تحقق التعارض بين البيّنات واختلف الفقهاء في النظر إلى البيّنات المتعارضة على قولين:

القول الأول:

أن البيّنات المتعارضة تسقط ولا تستعمل، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في قولٍ والحنفية في رواية^(٩٢). وذلك لأن البيّنة لإثبات خلاف الظاهر وكشف الخفي وبيان صاحب الحق فإذا عارضتها بيّنة أخرى ومنعت تحقيق ذلك فقد بطل الهدف منها فتسقطان وتصبح الدعوى مجردة عن البيّنات ويعالج القاضي الموضوع كما لو كانت الدعوى جديدةً بدون بيّنة فيلجأ إلى المرجحات الأولية التي يستخدمها عند فقدان وسائل الإثبات.

فيرجح قول أحد الخصمين باليد في نزاعٍ على دابة مثلاً، أو يحكم بظاهر الحال المبني على أصل الدين في الذمة، أو ظاهر الحال المبني على عرف كتحديد المهر وتقسيمه إلى معجل ومؤجل، أو ظاهر الحال المبني على نص شرعي كإيمان اللعان في قذف الزوجة، وقبول الأمين، والتحالف من كل منهما^(٩٣).

وإن تعارض البيّنتين يشبه تعارض الدليلين ولا مرجح فتسقطان، وتصبح الدعوى بدون بيّنة وإن البيّنات المتعارضة تكذب بعضها بعضاً، يؤدي إلى التناقض بين موجب كل منهما^(٩٤). ونضرب لذلك بعض الأمثلة:

١/ إذا كان المتنازع فيه بيد أحدهما، وأقاما بيّنتين متعارضتين، كأن يقيم كل منهما بيّنة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما، ووقتها واحد، فتسقط البيّتان وتبقى الدابة في يد صاحبها^(٩٥).

٢/ إذا كان المتنازع فيه بأيديهما معاً، وأقاما بينتین متعارضتين سقطتا، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر^(٩٦)، وقال الحنابلة والشافعية والشافعية في قول يحلف كل منهما يمينا على النصف المحكوم له به، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطهما كالخبرين، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما، ولأن اليمين يجب على الداخل وكل منهما داخل في النصف الذي حكم له به^(٩٧)، وقال الحنفية والمالكية والحنابلة في قول الشافعية في قول لا يحلفان وتبقى العين بينهما بدون يمين، لما ورد في الحديث عن أبي موسى أن رجلين اختصما في دابة وأقام كل منهما بينة أنها له فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بها نصفين^(٩٨)، فلم يرد ذكر اليمين، ولأن كل بينة راجحة في نصف العين والبيئة الراجحة يحكم بها بدون يمين^(٩٩).

٣/ إذا كان المتنازع فيه بيد ثالث، وأقام كل منهما بينة، وتعارضت البينتان وامتنع الترجيح سقطت البينتان ويبقى المتنازع فيه في يد حائزة إذا كان يدعيه لنفسه^(١٠٠). وقال الشافعية يحلف لكل منهما يمينا على أنها له، فإذا رضىا يمينا واحدة فلا تقبل في الأصح عند الشافعية، وفي قول تقبل^(١٠١). أما إذا كان لا يدعيها لنفسه، وأقرانه لا يملكها وسقطت البينتان فقال الحنابلة يقتصر الاثنان على اليمين، كما لو إذا لم يكن لهما بينة فمن خرجت قرعته حلف وأخذ لأن البينتين تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين^(١٠٢)، وقال الحنفية لا يعتبر إقراره لأنه تضمن حق المتخاصمين الثابت بالبيئة فكان إقراراً على الغير فلا يصح ويلحق بالعدم^(١٠٣).

أما إذا أقر بها لأحدهما فيعمل بإقراره ويحكم بها له^(١٠٤)، وينزل إقراره منزلة اليد للمقر له ويظهر ذلك في تنازع اثنين نكاح امرأة وأقرت لأحدهما، أما إذا

أقر بها لواحدٍ منهما لا يعرفه بعينه، قال الحنابلة يقرع بينهما ويخلف من خرجت له القرعة .

القول الثاني:

أن البيانات المتعارضة تستعمل ولا تسقط ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة^(١٠٥). واستدلوا إلى أنه يجب صيانة البيانات عن الإلغاء بقدر الإمكان. ثم اختلفت الروايات والأقوال في طريقة استعمال البيانات المتعارضة على ثلاثة آراء: الرأي الأول : القسمة بين أصحاب البيانات : ذهب إلى ذلك الشافعية في قول والحنابلة في رواية، كما قال بالقسمة عند الجمع بين البيانات أو سقوطها أو عند فقد البيانات الظاهرية والإمامية والحنفية والزيدية^(١٠٦).

الرأي الثاني : القرعة بينهم : فمن خرجت قرعته أخذ المدعى به. ذهب إلى ذلك الحنابلة في قول الإمامية^(١٠٧).

الرأي الثالث : التوقف في الحكم حتى يظهر دليل آخر أو تترجح بينة على أخرى . ذهب إلى ذلك الشافعية في الصحيح وأبو ثور^(١٠٨). (١٠٩)

الهوامش

- (١) نظراً لأهمية التعارض والترجيح فقد أفردتها بعض العلماء بالتأليف، ومنها: كتاب ترجيح البيّنات لخصالي زاده، وكتاب ترجيح البيّنات للمولي وان قولي، والكتابان مخطوطان بدار الكتب المصرية، الأول برقم ١٦٤٧ فقه حنفي والثاني برقم ٦١٢م مجاميع فقه حنفي، وكتاب ملجأ القضاة عند تعارض البيّنات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي (٩١ صفحة، مخطوط بدار الكتب الظاهرية بدمشق رقم ق ٤٢٥ وفي جامعة القاهرة برقم ١٧٢٨٢، ورسالة في ترجيح البيّنات، ضمن مجموعة في جامعة القاهرة برقم ٢١٢٧٩، وكتاب الطريقة الواضحة إلى البيّنة الراجحة للشيخ محمود حمزة مفتي الشام عام ١٢٩٠هـ.
- (٢) انظر: التوضيح على التنقيح ج ٣، ص ٤٣-٦٢، المدخل لابن بدران، ص ١٩٦، بحث في التعارض والترجيح لفضيلة الشّيخ العميد محمد حسن فايد.
- (٣) عرض الشيء: يعرض واعترض انتصب ومنع وصار عارضاً كالخشب المنتصب في النهر والطريق ونحوها تمنع السالكين سلوكها، ويقال: اعترض الشيء دونه أي حال دونه واعترض الشيء تكلفه، وقد عرض عارض أي حال حائل ومنع مانع، وكل مانع منعك عن شغل وغيره من الأمراض فهو عارض، واعترضه قابله بنفسه، وعارض فلاناً ناقصة في كلامه وقاومه، واعترض عليه أنكر قوله أو فعله، وتعارضاً: عارض أحدهما الآخر، وعارضه بمثل ما صنع أي ثبت له بمثل ما أتى، وعارضت كتابي بكتابه قابله، وفي الحديث: "إن في المعارض لمندوحة عن الكذب" أي سعة، وهو حديث مرفوع عن عمران بن حصين واعترض لي عارض أي مانع يمنع المضى، ومنه اعتراضات الفقهاء أنها تمنع من التمسك بالدليل، وتعارض البيّنات لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها، انظر: المصباح المنير، ٥٥٢/٢، أساس البلاغة، ص ٦٢٢، الصحاح ١٠٨٤/٣ - ١٠٨٨، لسان العرب، ١٦٨/٧ - ١٧٩، المعجم الوسيط، ٥٩٩/٢ - ٦٠، النهاية، لابن الأثير، ٢١/٣.
- (٤) كشاف اصطلاحات الفنون ص ١، ٩٩٠.
- (٥) البنتان: هما الشهادتان، وعبر بالبيّنة لأنها وردت في حديث "أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بيّنة، ففضى بينهما نصفين"، انظر: شرح حدود ابن عرفة، الرضاع: ص ٤٦٥.
- (٦) مغني المحتاج، ١٥٠/٤، ٤٠٣، الأصول القضائي، ص ١٤٤، وانظر: تفصيل ذلك في بحث سماع البيّنة بعد الإقرار ص ٢٥٦، وفي فصل قوة الإثبات.

- (٧) المغني، ٢٦٥/٩، شرائع الإسلام، ٢٢٤/٢.
- (٨) قال القرافي: يقع التعارض في الشرع بين أصليين وظاهرين وأصل وظاهر ودليلين وبينتين، ويختلف العلماء في أيهما يقدم الذخيرة له، ٦/٥، مخطوطة بدار الكتب (ب ١٩٧٨٣)، انظر: قواعد الأحكام، للعز، ٥٢/٢ وما بعدها.
- (٩) تسهل الوصول، ص ٢٤١.
- (١٠) مواهب الجليل، ٢١٠/٦، الخرشي، ٢٣١/٧، الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة، ص ٢٣١، الطريقة المرضية جعيط، ص ٦٨، بحث في التعارض والترجيح، العميد فايد، ص ٤، أصول الإثبات، الجعفري، ص ١٠٤.
- (١١) قال العز بن عبد السلام: فإن قيل لم رجعت في الجرح والتعديل إلى علم الحاكم؟ قلنا: لو لم نرجع إليه في التفسير لنفدنا حكمه بشهادة من أقرانه لا يصح للشهادة، وإقراره بفسق الشاهد يقتضي إبطال كل حكم ينبني على شهادته... فإذا قيل: لم حرمت على الحاكم ألا يحكم بخلاف علمه؟ قلنا: لأنه لو حكم بخلاف علمه لكان قاطعاً ببطلان حكمه والحكم على الباطل محرم في كل ملة ... ، قواعد الأحكام، ٣٧/٢، انظر: فضل القضاء بعلم القاضي، بحث في التعارض والترجيح، ص ٦، شرح التحرير وحاشية الشرقاوي، ٤٩٥/٢.
- (١٢) قال نظام الدين الأنصاري: وإلا (يعلم المتقدم منهما) فالترجيح إن أمكن، ويعمل بالراجح لأن ترك الراجح خلاف المعقول والإجماع، وإلا فالجمع بقدر الإمكان للضرورة، وإن لم يمكن الجمع تساقطاً، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ١٨٩/٢، وقال الكاساني: وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين ... فالأصول أن البينتين إذا تعارضتا .. فإن أمكن ترجيح أحدهما على الأخرى يعمل بالراجح وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه (الجمع) وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما وألحقاً بالعدم إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة، البدائع، ٢٣٦/٦، انظر: التلويح على التوضيح، ٣٩/٣، ط الخشاب.
- (١٣) بدائع الصنائع، ٢٣٢/٦، الطريقة الواضحة، ص ٥١.
- (١٤) التلويح على التوضيح، ٣٩/٣، ط الخشاب.
- (١٥) فواتح الرحموت، ١٨٩/٢، بحث في التعارض والترجيح، ص ٢٨.
- (١٦) قال ابن فرحون: إذا تعارضت البيئتان وأمكن الجمع بينهما جمع وإن لم يكن رجوع إلى الترجيح إن أمكن، والترجيح يحصل بوجوده، تبصرة الحكام، ٣٠٩/١، ٣١١، وقال الدردير: وإن أمكن الجمع بين البيئتين المتعارضتين جمع،

أي وجب الجمع بينهما وإن لم يمكن المع بينهما رجح أي وجب على الحاكم أن يرجح بينهما، الشرح الكبير، ٢١٩/٤ انظر: مغني المحتاج، ٤٨٠/٤، الوجيز، ١٦١/٢، الخرشي، ٢٢٩/٧، مواهب الجليل ٢٠٧/٦، منح الجليل، ٣١٦/٤ المجموع، ٣٤٥/٢، القواعد، لابن رجب ص ٣٦٣، كشف القناع، ٢٣٧/٤، المحرر في الفقه، ٢٢٨/٢، المغني ٢٤٥/١٠، ط القاهرة، شرائع الإسلام، ٢٢٤/٢، المختصر النافع، ص ٢٨٥، جواهر الكلام، ٤٠٠/٦، التاج المذهب ٩٣/٤، ٩٥، ٩٦، تسهيل الوصول، ص ٢٤٢، حاشية العطار على جمع الجوامع، ٤٠٤/٢، المستصفى، ٣٧٨/٢، علم أصول الفقه، خلاف، ص ٢٢٩ ط الكويت، الأحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ١٦١/١، تعارض النصوص الشرعية عيسى زهران، ص ٣٣٩، ٣٦٣ وما بعدها.

(١٧) الجمع هو التوفيق، والتوفيق لغة جعل الأسباب متوافقة للمطلوب، أي متوافقة للحصول والتأدي إلى المسبب، انظر: كشف اصطلاحات الفنون، ١٠٥١/٢.

(١٨) بدائع الصنائع، ٢٣٢/٦، تدريب الراوي، ١٩٧/٢، ط ثانية، عبد الوهاب عبد اللطيف.

(١٩) البحر الرائق، ٢٣٥/٧ - ٢٣٧، بدائع الصنائع، ٢٣٦/٦، مجمع الأنهر، ٢٧٣/٢.

(٢٠) تبصرة الحكام، ٣٠٩/١، الخرشي، ٢٢٩/٧، الخرشي، ٢٢٩/٧، الطريقة المرضية،

٢٣٦/٦، فتح العلي المالك ٢٠٨/٢، حاشية الدسوقي، ٢٢٩/٤، منح الجليل ٣١٦/٤،

المجموع ٢٤٥/٢، المغني، ٢٤٨/١٠، م ٨٥٣٨.

(٢١) مواهب الجليل، ٢٠٨/٦.

(٢٢) رجع الشيء رجوحاً ورجحاناً ورجاحة نقل، ويقال رجحت إحدى الكفتين الأخرى:

مالت بالموزون، رجحه: أرجحه فضله وقواه، ترجح مال، رجح الميزان يرجح ويرجح

رجحاناً أي مال، رجح الشيء بيده وزنه، وأرجح الميزان أثقله حتى مال، وأرجحت لفلان

ورجحت ترجيحاً إذا أعطيته راجحاً، وأرجح أعطى راجحاً، واستعمال الرجحان حقيقة إنما

هو في الأعيان الجوهريّة، ثم استعمل في المعاني مجازاً، انظر: المعجم الوسيط، ٣٢٩/١،

الصباح، ٣٦٤/١.

(٢٣) التعريفات، له، ص ٣٨.

(٢٤) كشف اصطلاحات الفنون، ٥٣٩/١، المدخل، ابن بدران، ص ١٩٧.

(٢٥) بدائع الصنائع، ٢٣٢/٦، الطريقة الواضحة، ص ٥١، المغني، ٢٤٥/١٠، ط القاهرة،

المحرر في الفقه، ٢٢٨/٢.

(٢٦) البحر الرائق، ٢٣٧/٧، الهداية وتكملة فتح القدير، ٢١٩/٦، ترجيح البيانات،

خصالي، ق ١ ب، الطريقة الواضحة ص ١٢، تبصرة الحكام، ٢١٩/١، مواهب

الجليل ٢٠٧/٦، القول المرتضى، ق ١٧٦، شرح المحلى، ٣٤٦/٤، الوجيز ١٦١/٢،
١٦٢، المغني، ٢٤٥/١٠، القاهرة، شرائع الإسلام، ٢٢٤/٢، المختصر النافع، ص ٢٨٥،
التاج المذهب ٩٣/٤ - ٩٥.

(٢٧) المراجع السابقة.

(٢٨) بحث في التعارض والترجيح، ص ٥، ٥٦، يقول العطار: ويمتنع تعادل القطعتين أي
تقابلهما بأن يدل كل منهما على ما ينافي ما يدل عليه الآخر إذ لو جاز ذلك لثبت مدلولهما
فيجتمع المتنافيان (حاشية العطار، ٤٠٠/٢).

(٢٩) روى ابن قدامة قولاً ثالثاً عن الأوزاعي وهو العمل بالشهادتين، ويقسم المدعى به
على عدد الشهود، فإذا شهد لأحدهما شاهدان، وللآخر أربعة شهود قسمت العين بينهما أثلاثاً،
لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها، ورواه الخطابي عن الشعبي بينما نقل
الأوزاعي الترجيح بكثرة العدد، (انظر: المغني، ٢٨٢/٩، البحر الزخار، ٣٩٨/٤، معالم
السنن، ٢٣٣/٥)، ويفهم من هذا القول عدم الترجيح بكثرة العدد وتحقيق التعارض في ذلك،
ثم يحل التعارض بالقسمة على عدد الشهود.

(٣٠) المغني، ٢٨٢/٩، الدر المنقي، ومجمع الأنهر، ٢٨٠/٢، البحر الرائق، ٢٤٦/٧،
الخرشي، ٢٣٠/٧، حاشية الدسوقي ٢٢/٤، المجموع للأمير، ٣٤٦/٢، القول المرتضى،
ق ٧٨ نمرة ٧٢، الوجيز، ١٦١/٢، المحلى، ٤٣٨/٩، شرح النيل ٦٩٩/٦، البحر الزخار،
٣٩٩/٤، مواهب الجليل، ٢٠٩/٦، المحرر في الفقه، ٢٢٨/٢، مغني المحتاج، ٤٨٢/٤.

(٣١) المراجع السابقة، بحث في التعارض والترجيح، ص ٥٢.

(٣٢) بحث في التعارض والترجيح، ص ٥٢.

(٣٣) النبذ في أصول الفقه الظاهري، ابن حزم، ص ٣٣، تحقيق الكوتري.

(٣٤) قال ابن عبد السلام من المالكية: من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق وإنما
اعتبره مع قيد العدالة، والقائلون بالترجيح بزيادة العدد من المالكية هم مطرف وابن ماجشون
وابن عبد الملك، وهو الوارد في أكثر كتب المالكية، والقائلون بالترجيح بزيادة العدد ابن
القاسم وسحنون وهو المذكور في المدونة، وابن عبد السلام هو محمد بن السلام الهواري
التونسي قاضي الجماعة بتونس وأحد شيوخ ابن عرفة توفي سنة ٧٤٩هـ، انظر: تبصرة
الحكام، ٣٠٩/١، الذخيرة ٦/٥ مخطوط رقم (١٩٧٨٣ ب)، الأبواب والفصول، ق ١٧٦
حاشية العدوي، ٢٣٠/٧.

- (٣٥) المغني، ٢٨٢/٩، مجمع الأنهر ٢٨٠/٢، شرائع الإسلام، ٢٢٤/٢، المختصر النافع، ص ٢٨٥، حاشية الدسوقي ٢٢٠/٤، الخرشي، ٢٣٠/٧، القوانين الفقهية، ص ٣٠٢، بداية المجتهد ٥١٢/٢، القول المرتضى، ق ٧٧ ب (نمرة ٧٢) الأبواب والفصول، ق ١١٧٦، مغني المحتاج ٤٨٢/٤، شرح النيل، ٣٩٠/٦، ٦٩٩، المحلي، ٤٣٨/٩.
- (٣٦) مغني المحتاج، ٤٨٢/٤، المغني ٢٨٢/٩، الفروق ٦٥/٤.
- (٣٧) المغني، ٢٨٢/٩، المذهب، ٣١٢/٢، مغني المحتاج، ٢٨٢/٤، الوجيز، ١٦١/٢.
- (٣٨) مجمع الأنهر، ٢٨٠/٢، بحث في التعارض والترجيح، ص ٥٠.
- (٣٩) قال القرافي: ويرجح بقوة الحجة كشاهدين يقدمان على الشاهد واليمين، (الفروق، ٦٢/٤) وقد يعترض على ذلك بأن الترجيح فرع عن التعارض، وعند عدم التعارض فلا ترجيح، والجواب عليه أننا نسلم بذلك ولكن يظهر التعارض للنظر في أول وهلة، فإذا محص قوة الدليلين قدم الدليل القوي على الضعيف، ولذلك ذكر الفقهاء الترجيح بقوة الحجة تجوزاً.
- (٤٠) التاج والإكليل، ٢٠٨م٦، حاشية العدوي ٢٣١/٧، الخرشي ٢٣١/٧، تبصرة الحكام ٣١٠/١، حاشية الدسوقي ٢٢١/٤، الطريقة المرضية ص ٧٢.
- (٤١) حاشية الدسوقي ٢٢١/٤، القول المرتضى ق ٧٩ ب (نمرة ٧٢)، انظر المراجع السابقة.
- (٤٢) الحاوي ١٣ ق ٤٢ ب، المذهب ٣٣١٢/٢، التاج والإكليل ٢٠٨/٦، المغني ٢٨٣/٩، المحرر في الفقه ٢٢٨/٢، تبصرة الحكام ٣١٠/١، شرائع الإسلام ٢٢٥/٢، الوجيز ١٦١/٢، البحر الزخار ٣٩٩/٤.
- (٤٣) مغني المحتاج ٤٨٣/٤، الحاوي ١٣ ق ٤٨ ب، شرائع الإسلام ٢٢٥/٢، الحاوي ١٣ ق ٢ ب، الوجيز ١٦١/٢، المذهب ٣١٢/٢، البحر الزخار ٣٩٩/٤، المغني ٢٨٣/٩، حاشية الدسوقي ٢٢١/٤، الخرشي ٢٣٠/٧، التاج والإكليل ٢٠٨/٦، المحرر في الفقه ٢٢٨/٢، تبصرة الحكام ٣١٠/١.
- (٤٤) الحاوي ١٢ ق ١٢٦ أ، ١٢٦ ب، مختصر المزني ٣٤٦/٥.
- (٤٥) شرح الخرشي ٢٣٠/٧ - ٢٣١، الأبواب والفصول ق ١٧٦ ب، المجموع وحاشية حجازي ٣٤٧/٢، تبصرة الحكام ٣١٠/١.
- (٤٦) المذهب ٣١٢/٢، البحر الزخار ٣٩٩/٤، المغني ٢٨٣/٩، المحرر في الفقه ٢٢٨/٢، مغني المحتاج ٤٨٠/٤، الحاوي ١٣ ق ٤٨ ب، شرائع الإسلام ٢٢٥/٢.

(٤٧)

(٤٨) مغني المحتاج ٤/٤٨٢، الحاوي ١٢ ق ١١٢٦ أ - ١٢٦ ب، مختصر المزني ٥/٣٤٦، حاشية العدوي على الخرشي ٧/٢٣١.

(٤٩) الخرشي ٧/٢٣٠ - ٢٣١.

(٥٠) العدالة هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وزيادتها تكون بزيادة الأوصاف من الورع والتقوى والصلاح والاستقامة.

(٥١) مغني المحتاج ٤/٤٨٢، المذهب ٢/٣١٢، البحر الرائق ٧/٢٤٦، مجمع الأنهر ٢/٢٨٠، المغني ٩/٢٨٢، المحرر في الفقه ٢/٢٢٨، الإقصاص ص ٤٤٠، المحلى ٩/٤٣٨، البحر الزخار ٤/٣٩٨، تبصرة الحكام ١/٣٠٩.

(٥٢) مغني المحتاج ٤/٤٨٢، المذهب ٢/٣١٢، البحر الرائق ٧/٢٤٦.

(٥٣) البحر الرائق ٧/٢٤٦، مجمع الأنهر ٢/٢٨٠.

(٥٤) المحلى ٩/٤٣٨، البحر الزخار ٤/٣٩٩.

(٥٥) المغني، ابن قدامة ٩/٢٨٢.

(٥٦) تبصرة الحكام ١/٣٠٨، القول المرتضى ق ١٧٨ (نمرة ٧٢)، حاشية الدسوقي ٤/٢٢٠، بداية المجتهد ٢/٥١٢، الخرشي ٧/٢٣٠، القوانين الفقهية ص ٣٠٢، شرائع الإسلام ٢/٢٢٤، المختصر النافع ص ٢٨٥، شرح النيل ٦/٣٩٠، ٦٩٨، المغني ٩/٢٨٢.

(٥٧) المغني لابن قدامة ٩/٢٨٢، الفروق ٤/٦٤.

(٥٨) مغني المحتاج ٤/٤٨٢.

(٥٩) المغني ٩/٢٨١، الفروق ٤/٦٤.

(٦٠) حاشية الدسوقي ٤/٢٢٠، الخرشي ٧/٢٣٠، تبصرة الحكام ١/٣٠٩، حاشية العدوي ٧/٢٣٠، القول المرتضى ق ١٧٨ (نمرة ٧٢).

(٦١) حاشية الدسوقي ٤/٢٢٠، الخرشي ٧/٢٣٠، الطريقة المرضية ص ٦٩، الذخيرة ٣/٣٩١، مخطوط

(٦٢) الطريقة المرضية ص ٦٩، أبواب الفصول ق ١٧٦ ب.

(٦٣) تثبيت اليد على المنقول بالمشاهدة والمعاينة أو بإقرار المدعى عليه أو البينة، كمن أنكر كون المنقول في يده فأحضر المدعي شاهدين شهدا بذلك، أما اليد على العقار فلا تثبت بالمعاينة القصيرة لاحتمال كونها يداً صحيحة للملك أو يداً أمينة كالإجارة والوكالة والشركة

والوصاية، أو يداً فاسدة كالغصب والسرقة، كما لا تثبت اليد على العقار بإقرار الخصم لاحتمال التواطؤ بينهما بأن يقر المدعي أن العقار في يد المدعى عليه، وأنه ملكه، ويطالب بحقه فيه ويحكم له القاضي ويصدر الحكم بذلك، بينما العقار في الواقع لشخص ثالث، فلا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة، وإن وضع اليد على الشيء يعني أن صاحبه يستطيع فيه تصرف المالك في ملكه بلا معارض، ولا خلاف في أن وضع اليد يدل على الملك بالعقل، وجاء الشرع وأقر ذلك، (انظر: الإثبات الجعفري ص ١١٩)، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجعة، ص ٥.

(٦٤) سبق بحث ذلك بالتفصيل في فصل عبء الإثبات، ص ٦٤٥.

(٦٥) المغني ٢٧٩/٩، البحر الرائق ٢٣٤/٧، الفروق ٩٧/٤.

(٦٦) المغني ٢٧٨/٩.

(٦٧) القواعد، لابن رجب ص ٣٦٣، الفروق ٩٧/٤.

(٦٨) الخرشي ٢٣٢/٧، القول المرتضى ق ٧٧ب (نمرة ٧٢)، بدائع الصنائع، ٢٤٠/٦،

الفروق ٩٧/٤.

(٦٩) الخرشي ٢٣٣/٧، تبصرة الحكام ٣٠٩/١.

(٧٠) سبق تخريجه في ص ٣٨١.

(٧١) المغني ٢٨٠/٩، شرائع الإسلام ٢٢٤/٢، المحلى ٤٣٦/٩، مغني المحتاج ٤٨٠/٤،

المختصر النافع ص ٢٨٥، تبصرة الحكام ٣٠٥/١، شح النيل ٧٠٠/٦.

(٧٢) مغني المحتاج ٤٨٠/٤، شرائع الإسلام ٢٢٤/٢.

(٧٣) مغني المحتاج ٤٨٠/٤، تبصرة الحكام ٣٠٩/١، حاشية الدسوقي ٢٢٣/٤، المجموع

وحاشية حجازي عليه ٣٤٧/٢ القواعد، لابن رجب ص ٣٦٤، القول المرتضى ق ٧٩ب،

الوجيز ١٦١/٢، شرح المحلى ٣٤٥/٤، الفروق ٦٣/٤.

(٧٤) بدائع الصنائع، ٢٣٨/٦، المبسوط ١٦١/١٦، المحلى ٤٣٦/٩، تبصرة الحكام

٣٠٩/١، التلويح شرح الفرر ٢٤٦/١٠، ط القاهرة، شرائع الإسلام ٢٢٤/٢، المختصر النافع

ص ٢٨٥، الروض النضير ٤٥١/٣، الطريقة الواضحة في البينة الراجعة ص ٥١، ترجيح

البينات، خصالي ق ١٠ب.

(٧٥) القواعد، لابن رجب، ص ٣٦٣، بدائع الصنائع ٢٣٤/٦، الروض النضير ٤٥٢/٣.

(٧٦) بدائع المنن ٢٣٩/٢، تداعيا: أي ادعى كل منهما أنها له، نتجها: أي ولده عنده.

- (٧٧) تلخيص الحبير ٤١٢/٢، وقال حديث ضعيف، انظر: الروض النضير ٤٥٣/٣.
- (٧٨) مغني المحتاج ٤٨٠/٤، ٤٨١، تبصرة الحكام ٣٠٩/١، شرح المحلى ٣٤٥/٤.
- (٧٩) حاشية الدسوقي ٢٢٣/٤، المجموع وحاشية حجازي ٣٤٧/٢، القول المرتضى ٧٩ب، الفروق ٦٣/٤.
- (٨٠) المحلى ٤٣٦/٩، بدائع الصنائع ٢٣٢/٦، المغني ٣٤٦/١٠، ط القاهرة، شرانغ الإسلام ٢٢٤/٢، الروض النضير ٤٥٢/٣، الطريقة الواضحة، ص ٢٣١.
- (٨١) الفروق ٦٣/٤.
- (٨٢) بدائع الصنائع ٢٣٢/٦، المغني ٢٤٦/١٠ ط القاهرة.
- (٨٣) التاج المذهب ١٩/٤.
- (٨٤) المغني ٢٤٦/١٠ ط القاهرة.
- (٨٥) الفروق ٦٤/٤.
- (٨٦) النتاج هو الولادة في الملك، (انظر: بدائع الصنائع ٢٣٣/٦، ٢٣٤، البحر الرائق ٢٤٢/٧، ٢٤٣، التاج المذهب ٢٠/٤) مغني المحتاج ٤٨٢/٤، الروض النضير ٤٥١/٣، ٤٥٢، الطريقة الواضحة، ص ٧٣.
- (٨٧) بدائع الصنائع، ٢٣٤/٦.
- (٨٨) نفس المرجع السابق.
- (٨٩) البحر الرائق ٢٤٣/٧، كشف القناع ٢٣١/٤.
- (٩٠) المبسوط ١٦١/١٦، بدائع الصنائع ٢٣٨/٦، البحر الرائق ٢٤٢/٧.
- (٩١) مغني المحتاج ٤٨٠/٤، ٤٨١، المذهب ٣١٢/٢، الوجيز ١٦١/٢، المغني ٢٤٦/١٠ ط القاهرة.
- (٩٢) الفروق ٩٧/٤، مغني المحتاج ٤٨٠/٤، المذهب ٣١٢/٢، تبصرة الحكام ٣٠٩/١، فتاوى عيش ٣٠٥/٢، ٣٠٦.
- (٩٣) المغني ٢٥٩/١٠، ط القاهرة، تبصرة الحكام ٣٠٩/١، حاشية المجموع ٣٤٥/٢، الطريقة المرضية، ص ٦٨، القواعد لابن رجب، ص ٣٦٣، المحرر في الفقه، ٢٢٨/٢، بدائع الصنائع ٢٣٦/٦.
- (٩٤) قال الشيخ عيش: وإن تكافأت البيتان بقى المدعى به مجهول الأصل بيد حائزة بدون يمين، (فتح العلي المالك ٢٠٩/٢) انظر: مغني المحتاج ٤٨٠/٤، شرح التحرير

- ٥٠٨/٢، تبصرة الحكام ١/ص ٣٤٣.
- (٩٥) يطلق الفقهاء على سقوط البيانات لفظ التهاثر، وتهاثرت الشهادات تساقطت وبطلت، وتهاثر الخصمان ادعى كل منهما على صاحبة باطلاً، والشهادات المتهاثرة هي التي يكذب بعضها البعض، (انظر: المصباح المنير ٢/٨٧٠، القاموس المحيط ٢/١٥٧، الصحاح ٢/٨٥٠، الطريقة الواضحة ص ٢٢٦، ترجيح البيانات، خصالي ق ١٩).
- (٩٦) تبصرة الحكام ١/٣٤٣، مغني المحتاج ٤/٤٨١، الوجيز ٢/٢٦٧، بدائع الصنائع ٦/٢٤٦، ترجيح البيانات، خصالي ق ٢ب، حاشية الدسوقي ٤/٢٢٣، الأبواب والفصول ق ١٧٧ب، المغني ١٠/٢٥٦ ط القاهرة.
- (٩٧) بدائع الصنائع ٦/٢٤٦.
- (٩٨) مغني المحتاج، ٤/٤٨٠، الحاوي ١٣ق ١٦١ب، المغني ١٠/٢٤٩ ط القاهرة.
- (٩٩) سبق تخريجه ص ٥٠٨.
- (١٠٠) المغني ١٠/٢٥٠، والمراجع السابقة.
- (١٠١) حاشية الدسوقي ٢/٢٢٢، مغني المحتاج ٤/٤٨١، الوجيز ٢/٢٦٢، شرح المحلى ٤/٣٤٥.
- (١٠٢) المراجع السابقة.
- (١٠٣) المغني ١٠/٢٥٦ ط القاهرة.
- (١٠٤) بدائع الصنائع ٦/٢٤٠.
- (١٠٥) حاشية الدسوقي ٤/٢٢٤، القول المرتضى ق ٧٩ب (نمرة ٧٢)، تكملة فتح القدير ٦/٢٢٠، البدائع ٦/٢٤٠.
- (١٠٦) القواعد، ابن رجب ص ٣٦٣، المحرر في الفقه ٢/٢٢٨، شرح المحلى ٤/٣٤٥، مغني المحتاج ٤/٤٨٠، المغني ١٠/٢٥٦ ط القاهرة.
- (١٠٧) المراجع السابقة، المحلى ٩/٤٣٧، شرائع الإسلام ٢/٢٢٤، جواهر الكلام ٦/٤٠، وقال بعض الإمامية: يقضى بالقرعة في الشهادة بالملك المطلق وبالقسمة في الشهادة بالملك المقيد، (التاج المذهب ٤/٩٣، ٩٥، ٩٦)، المختصر النافع ص ٢٨٥.
- (١٠٨) المراجع السابقة، وقال الظاهرية بالقرعة عند عدم البيانات، المحلى ٩/٤٣٧.
- (١٠٩) المراجع السابقة، الحاوي ١٣ ق ٦١ب.